



PODER JUDICIÁRIO JUSTIÇA DO TRABALHO TRIBUNAL REGIONAL DO  
TRABALHO DA 1ª REGIÃO

**PROCESSO nº 0100539-10.2016.5.01.0050 (RO)**

**RECORRENTES: SANTOS E OLIVEIRA CALÇADOS LTDA. - EPP., CALÇADOS NOBREZA DA TAQUARA LTDA. - EPP., MAGIA DO CACHAMBI COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA. - EPP., MAGIA DE BANGU COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA. - EPP., MAGIA DO MÉIER CALÇADOS LTDA. - EPP., TRIO MAGIA CALÇADOS LTDA. - EPP., MAGIA DE COPACABANA CALÇADOS LTDA. - EPP., EUROPASSO CALÇADOS LTDA. - EPP., CALÇADOS DOMINANTE LTDA. - EPP., GOLFINHO DOS CALÇADOS LTDA. - EPP., MÁGICO DOS PÉS CALÇADOS LTDA. - EPP. e MR FEET CALÇADOS LTDA. - EPP.**

**RECORRIDO: FABIO SCHWENCK MARCELLINO**

**RELATOR: Desembargador RILDO ALBUQUERQUE MOUSINHO DE BRITO**

SALÁRIO PAGO POR FORA DO CONTRACHEQUE. DIREITO À INTEGRAÇÃO. Restando comprovado o pagamento de salário por fora do recibo, faz jus o empregado à integração dessa parcela para todos os efeitos legais.

## **RELATÓRIO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do recurso ordinário em que figuram, como recorrentes, Santos e Oliveira Calçados Ltda. - EPP., Calçados Nobreza da Taquara Ltda. - EPP., Magia do Cachambi Comércio de Calçados Ltda. - EPP., Magia de Bangu Comércio de Calçados Ltda. - EPP., Magia do Méier Calçados Ltda. - EPP., Trio Magia Calçados Ltda. - EPP., Magia de Copacabana Calçados Ltda. - EPP., Europasso Calçados Ltda. - EPP., Calçados Dominante Ltda. - EPP., Golfinho dos Calçados Ltda. - EPP., Mágico dos Pés Calçados Ltda. - EPP. e Mr Feet Calçados Ltda. - EPP. e, como recorrido, Fabio Schwenck Marcellino.

Insatisfeitas com a sentença de Id. 82d048b (pp. 1/7), proferida pelo Exmo. Sr. Juiz Fabio Correia Luiz Soares, da 50ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, recorrem as reclamadas conjuntamente (Id. 21350ed, pp. 1/6), arguindo preliminar de nulidade e, no mérito, investindo contra a integração do salário "por fora" e o pagamento de horas extras, inclusive decorrentes do intervalo intrajornada.

A recorrida ofereceu contrarrazões (Id. 219bea3, pp. 1/5).

O Ministério Público do Trabalho não interveio no processo.

É o relatório.

# FUNDAMENTAÇÃO

## 1. CONHECIMENTO

Porque presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

## 2. PRELIMINAR DE NULIDADE

Pretendem as recorrentes que seja anulada a sentença, com a reabertura da instrução processual, arguindo a suspeição do magistrado prolator, sob o argumento de que ele teria sido parcial no que se refere à análise da prova testemunhal.

Vale ressaltar, no entanto, que não foi produzida nenhuma prova capaz de atestar a sua parcialidade.

A jurisprudência do TST se firmou no sentido de que a constatação de suspeição deve levar em conta fatos devidamente comprovados, e não uma mera presunção desprovida de qualquer evidência concreta.

De todo modo, as declarações prestadas pelas testemunhas nos autos deverão ser avaliadas por este órgão de segundo grau, que poderá entender de forma diversa do juiz de origem, quando do enfrentamento do mérito de cada tópico. considerando-se o princípio da livre persuasão.

Nesse contexto, não há causa que justifique a declaração de nulidade da sentença.

Rejeito.

## 3. MÉRITO

### INTEGRAÇÃO DO SALÁRIO "POR FORA"

O demandante disse na peça vestibular que recebia comissão de 5% sobre as vendas que realizasse, o que perfazia a média de R\$ 2.000,00 de janeiro a novembro e R\$ 3.500,00 em dezembro, que eram devidamente pagas, apesar de constar da CTPS que a remuneração era de apenas 3%.

As demandadas, em sede de contestação, sustentaram que o acionante sempre recebeu apenas os valores consignados nos recibos de pagamento, colacionando aos autos os referidos documentos.

O pagamento de salário se prova mediante recibo, nos termos do art. 464 da CLT, encargo probatório do qual a empregadora se desvencilhou, visto que trouxe à colação os contracheques capazes de confirmar a tese exposta na defesa.

Nesse contexto, cabia ao promovente demonstrar o recebimento de salário "por fora", ônus do qual ele se desonerou, tendo em vista que a prova oral produzida ratifica a sua tese. Vejamos o depoimento da testemunha por ele arrolada:

"... Que recebia por comissões, em pagamentos quinzenais; **Que havia parcela paga que não constava nos contracheques; Que não constava no contracheque cerca da metade do valor lá registrado;** Que sabe dizer que recebia por mês o valor de R\$ 2.500,00/2700,00; Que no recibo de salário vinha o valor de R\$ 1.500,00/1.000,00; Que, no Natal, vendia em média R\$ 70.000,00, e recebia em torno de R\$ 3.500,00 de comissão; **Que o percentual da comissão era de 5%; Que todos os vendedores recebiam comissões "por fora"; Que todos os vendedores recebiam 5%;** Que os empregados recebiam o salário no mesmo dia; Que o dpte vendia cerca de R\$ 35/36 mil reais por mês e o rte de 40/45 mil reais por mês; Que, em dezembro, quase dobrava a comissão" (grifei - Id. 9dbefab, pp. 1/2).

Quer dizer, esse depoimento confirmou a prática empresarial de pagar comissão "por fora". É evidente que se trata de verba de natureza salarial, nos termos do art. 457, § 1º, da CLT, que deve incidir sobre as demais parcelas.

Registre-se que o depoimento da testemunha patronal não contribuiu para o deslinde da controvérsia, na medida em que afirmou que não sabia informar se os outros vendedores recebiam pagamento "por fora" (Id. 9dbefab, p. 2).

Assim, mantenho os valores de R\$ 2.000,00 de janeiro a novembro e R\$ 3.500,00 em dezembro, descritos pelo obreiro na exordial, que deverão ser integrados às demais verbas, como determinado pela decisão de origem.

Nego provimento.

#### HORAS EXTRAS

Levantam-se as recorrentes contra a decisão que, reconhecendo a inidoneidade dos cartões e espelhos de ponto, condenou-as ao pagamento de horas extras, sustentando que o obreiro não teria se desincumbido acerca do seu ônus probatório.

Analisando-se o conjunto probatório, verifica-se que a quase totalidade dos cartões de ponto juntados pelas apelantes não podem ser tidos como meio hábil para demonstrar a efetiva jornada prestada pelo autor, porque, apesar de conterem a sua assinatura, registram horários sem qualquer variação quanto ao início e término da jornada (modelo britânico). É de se aplicar, portanto, o entendimento jurisprudencial contido na Súmula 338, inciso III, do TST.

Da mesma forma, observa-se que outros controles de ponto contêm uma espécie de registro britânico, pois consignam pequenas e inacreditáveis variações uniformes, o que também os torna imprestáveis como meio de prova, de acordo com a Súmula 338, III, do TST.

Dessa forma, invertendo-se o ônus da prova, cabia às promovidas demonstrarem a veracidade da jornada contida nos registros.

Todavia, elas não produziram qualquer outra prova válida que afastasse a pretensão autoral. Vale dizer, elas não se desvencilharam do ônus de provar o fato impeditivo do direito postulado, nos termos do art. 818 da CLT.

O depoimento da testemunha patronal até ratificou a tese apresentada na contestação. No entanto, ele carece de credibilidade, como constatado pelo magistrado sentenciante, tendo em vista que soube informar o horário de saída do promovente, mas não o da testemunha por este arrolada, sendo que todos laboravam juntos.

Nesse contexto, deve ser observado o princípio da imediatidade do juiz de primeiro grau na colheita da prova oral, na medida em que possui posição mais favorável para valorar os depoimentos de partes e das testemunhas, de acordo com o comportamento demonstrado durante a instrução processual.

Em adição, no que diz respeito à carga de trabalho, a testemunha obreira confirmou parcialmente o declinado na inicial. Vejamos:

"... Que trabalhava de 8:30h às 20h, de segunda a sábado; Que, em dezembro, encerrava à 00:00h".

Impende destacar que, ao contrário do alegado nas razões recursais, inexistente a alegada contradição em relação às afirmações do reclamante quanto à jornada realizada.

Foi colacionado, ainda, aos autos o depoimento prestado pelo obreiro nos autos da Reclamação Trabalhista nº 0011451-77.2015.5.01.0055, na qual foi testemunha.

Os horários que supostamente seriam contraditórios e diferentes do afirmado nesta ação seriam os de abertura/fechamento da loja, que são diferentes da jornada mesmo. O próprio preposto confessa, naquela ação, que era exigido que o recorrido chegasse antes da abertura da loja.

É incabível também a alegação de que por ser uma loja de rua não ficaria aberta após às 18h, já que a prova oral produzida comprova justamente o contrário.

Compulsando-se os autos, verifica-se que os horários que constam do ofício respondido pela FETRANSPOR são diferentes dos apresentados tanto pelo reclamante quanto pelas reclamadas.

Anote-se, ainda, que, apesar de a jornada fixada pelo julgado de origem ser extensa, deve ser presumida a veracidade do horário indicado na peça vestibular, limitada pela prova oral produzida (das 8h30 às 20h00, de segunda-feira a sábado, com folga aos domingos, de janeiro a novembro e, no mês de dezembro, de segunda-feira a domingo das 8h30 às 22h00, sempre com 30min de intervalo intrajornada), motivo pelo qual há de ser mantida a sobrejornada deferida, incluindo os reflexos.

Para encerrar este tópico, acolherei em parte o apelo para deixar explicitado que o demandante somente faz jus ao adicional de horas extras, porque era comissionista puro. Inobstante a decisão tenha invocado acertadamente a Súmula 340 do TST, fez referência ao deferimento de horas extras, e não somente ao adicional correspondente, de modo que, para evitar debates na liquidação, faço esse reparo.

Dou provimento parcial.

#### INTERVALO INTRAJORNADA

Rebelam-se também as promovidas contra o deferimento de horas extras pelo desrespeito ao intervalo intrajornada, sob o argumento de que era devidamente gozado.

A presunção de gozo do intervalo pré-assinalado (art. 74, § 2º, da CLT) também é relativa e, neste caso concreto, ficou comprometida pela invalidade dos cartões

de ponto.

Releva notar que os depoimentos das testemunhas são divergentes quanto ao fato. Vejamos:

"... Que usufruía de 30 minutos de intervalo" (depoimento da testemunha obreira).

"... Que usufruía de uma hora de intervalo; Que todos os empregados possuem uma hora de intervalo para alimentação, inclusive o rte e a testemunha" (depoimento da testemunha patronal).

Em se tratando de hipótese que envolve análise de prova dividida, em que as partes e as testemunhas por elas indicadas apresentaram versões diferentes, seria circunstância que pesaria em desfavor da litigante a quem cabia o ônus probatório, no caso, das demandadas, ante a invalidade dos registros de frequência.

É irrazoável o argumento de que por possuir quinze vendedores em seu quadro de funcionários não teria a necessidade de conceder apenas trinta minutos de intervalo para refeição.

A afirmação da demandante de que os empregados se intercalavam, almoçando em horários diferentes, também não serve como confissão de que era usufruída uma hora.

Nesse aspecto, a interpretação pacificada do art. 71 da CLT é no sentido de que a não concessão total ou parcial do intervalo intrajornada mínimo para repouso e alimentação implica o adimplemento total do período correspondente, com acréscimo de, pelo menos, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (Súmula 437, I, do TST). E, quanto à natureza jurídica salarial dessa verba, a Súmula 437, III, do TST não deixa qualquer dúvida a esse respeito.

Por conseguinte, é devida uma hora extra pelo intervalo não usufruído, e não somente o tempo restante, acrescida de 50%, com os respectivos reflexos, devendo ser observados os parâmetros estabelecidos pela decisão de origem.

Nego provimento.

#### **4. CONCLUSÃO**

Ante o exposto, conheço do recurso, rejeito a preliminar de nulidade e, no mérito, dou-lhe provimento parcial para deixar claro que, quanto às horas extras, o autor faz jus apenas ao adicional correspondente. Custas mantidas.

## **ACÓRDÃO**

**ACORDAM** os Desembargadores que compõem a Terceira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região, na sessão de julgamento do dia 30 de outubro de 2017, sob a Presidência do Exmo. Desembargador do Trabalho Rildo Albuquerque Mousinho de Brito, Relator, com a presença do Ministério Público do Trabalho, na pessoa da Ilustre

Procuradora Teresa Cristina D'Almeida Basteiro, dos Exmos. Desembargadores Trabalho Jorge Fernando Gonçalves da Fonte e Antonio Cesar Coutinho Daiha, em proferir a seguinte decisão: por unanimidade, conhecer do recurso, rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, dar-lhe provimento parcial para deixar claro que, quanto às horas extras, o autor faz jus apenas ao adicional correspondente. Custas mantidas.

**RILDO ALBUQUERQUE MOUSINHO DE BRITO**

Desembargador do Trabalho

Relator